

Costituzionalismo e tutela dei diritti nella famiglia giuridica di common law*

Francesca Rosa

SOMMARIO: 1. Premessa: Regno Unito v. Stati Uniti. – 2. Le costituzioni codificate. – 3. Le costituzioni non codificate. – 4. Il riconoscimento e la tutela dei diritti individuali. – 5. Conclusioni

1. Premessa: Regno Unito v. Stati Uniti

In questo saggio intendo esaminare come il costituzionalismo è stato declinato nella famiglia giuridica di *common law*, al fine di evidenziare i caratteri specifici che ha assunto in relazione alla nozione di costituzione, al riconoscimento e alla tutela dei diritti individuali e al controllo del giudice sull'operato del Legislatore. L'obiettivo è quello di mettere in evidenza la specificità, a tratti l'estraneità, di questa esperienza rispetto al resto della tradizione giuridica occidentale; lo sguardo sarà dunque quello dell'osservatore continentale. I Paesi presi in considerazione ai fini dell'analisi, sono il Regno Unito, gli Stati Uniti, il Canada, l'Australia e la Nuova Zelanda. Si tratta di ordinamenti che hanno un legame storico con il Regno Unito, dal quale si sono affrancati seguendo percorsi differenti, che hanno condizionato le scelte di politica costituzionale compiute prima e dopo l'indipendenza dalla madrepatria originaria.

L'esame prende le mosse dalla constatazione dell'esistenza di una divaricazione tra le esperienze costituzionali britannica e statunitense. La prima fondata sulla non necessarietà della codificazione costituzionale e sulla centralità del principio della supremazia del Parlamento, che esclude il controllo giurisdizionale sull'operato del Legislatore; la seconda basata sulla scrittura della costituzione e sulla sua superiorità gerarchica rispetto alla legge del Parlamento, che fonda la *judicial review of legislation*. Le esperienze degli altri Paesi esaminati si collocano, per ciascuno dei profili analizzati, in prossimità o a distanza rispetto

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio conformemente all'art. 7 del *Regolamento della Rivista*. Il presente lavoro costituisce la rielaborazione della relazione tenuta dall'Autore al *VII Convegno annuale di Diritti Comparati: "La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti"*, 19 novembre 2021.

a questi due poli, mostrando sia una sorprendente continuità fra i due modelli, sia l'inesistenza di una forma tipica del testo costituzionale.

In Canada la costituzione è formata dal *Canada Act 1982* – che include la Carta dei diritti e delle libertà e la disciplina della revisione costituzionale –, dalle fonti elencate nell'allegato – fra le quali è presente il *British North America Act 1867* (oggi *Constitution Act 1867*) che disciplina l'organizzazione orizzontale e verticale del potere – e dalle successive modifiche di quelli¹. Solo dalla *patriation*² del 1982 la costituzione è collocata al vertice della gerarchia delle fonti, con ciò che ne consegue sul controllo (diffuso) di costituzionalità delle leggi da parte dell'autorità giudiziaria. La costituzione australiana è il frutto di un processo di formazione che ha visto largamente coinvolti le istituzioni e gli abitanti delle colonie e che è culminato con l'approvazione da parte del Parlamento britannico del *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900*, che disciplina l'assetto di governo federale e ripartisce i poteri tra Federazione ed entità federate senza toccare la materia dei diritti individuali. Nel corso del primo trentennio del secolo scorso la costituzione è stata nazionalizzata per via giurisprudenziale³ e sempre l'autorità giudiziaria ha accolto il legato statunitense della *judicial review of legislation*, imponendo il rispetto della Carta ai Legislatori federale e statali⁴. La piena emancipazione dal Regno Unito è maturata con l'approvazione dell'*Australia Act 1986*, che posto fine ad ogni potere legislativo di Westminster sul territorio australiano. La Nuova Zelanda, infine, si muove nel solco del Regno Unito con una costituzione non codificata nella quale convergono la legge del parlamento, il *common law* e le convenzioni costituzionali. Due leggi ordinarie – il *Constitution Act 1986* che disciplina l'organizzazione dei poteri⁵ e il *New*

¹ Così prevede l'art. 52(2) del *Constitution Act 1982*.

² Un termine che ricorre nella storia delle istituzioni dei Paesi che sono stati colonizzati per identificare il processo tramite il quale una costituzione nata dalla volontà di un ordinamento straniero è stata ricondotta alla sovranità dello Stato.

³ Cfr. le decisioni in cui la costituzione da *federal compact* diviene un «political compact of the whole people of Australia» (*Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* [1920]), che ha creato «a new body politic which enjoyed capacities superior to that of a mere aggregation of the federating colonies» (*Pape v Commissioner of Taxation* [2009]).

⁴ Che la costituzione prevede espressamente solo in relazione alla legislazione delle entità federate rispetto alla legge federale, cfr. art. 109 della costituzione, ai sensi del quale «When a Law of a State is inconsistent with a law of the Commonwealth, the latter shall prevail, and the former shall, to the extent of the inconsistency, be invalid».

⁵ Approvata nella prospettiva della *patriation* costituzionale con l'obiettivo di abrogare e sostituire il *New Zealand Constitution Act 1852* del Parlamento di Londra. L'organizzazione dei poteri è solo sommariamente regolata, tanto che la disciplina normativa è ancora ampiamente integrata dalle regole convenzionali, sulle quali v. *infra* il par. 3.

Zealand Bill of Rights che introduce un catalogo dei diritti individuali⁶ – sono d’ausilio nella ricostruzione dei fondamenti dell’ordinamento statale pur avendo un mero valore ricognitivo e non costituzionale⁷.

2. Le costituzioni codificate

Le costituzioni codificate, che nelle forme sono prossime all’esperienza continentale, presentano una peculiarità relativa all’organizzazione del testo. L’integrazione tra separazione dei poteri e tutela dei diritti in un’unica fonte si è data nella costituzione statunitense e in quella canadese, anche se in entrambi i casi le disposizioni sull’organizzazione dei poteri precedono quelle sulla tutela dei diritti. Un’inversione di contenuti che si radica in una dissociazione testuale e temporale tra le due parti del testo costituzionale. Negli Stati Uniti il *Bill of Rights* entra in vigore nel 1791, quattro anni dopo l’approvazione della Carta, che è dedicata alla separazione orizzontale e verticale del potere, con un intento specifico interno alla logica federale e al conflitto che si è consumato nella Convenzione tra federalisti e anti-federalisti: limitare il potere delle autorità federali e tutelare le prerogative statali. In Canada, il *British North America Act* del 1867 istituisce la federazione, organizza il Governo federale e ripartisce i poteri tra Federazione e Province. I diritti individuali saranno codificati con legge solo nel 1960⁸ ed entreranno nel testo della costituzione nel 1982, più di un secolo dopo. La lunga assenza di un *Bill of Rights* perdura ancora oggi nella Carta australiana – pure largamente ispirata a quella statunitense – ed è stata spiegata con un tratto tipico della famiglia in esame, dove la tutela delle libertà individuali è principalmente consegnata all’interazione tra giudice e Legislatore, tra *common law* e legge⁹. Tale constatazione fonda la conclusione che nella regione esaminata la costituzione scritta nasca negli intenti originari per limitare il potere politico organizzandolo, con la conseguenza che il riconoscimento dei diritti segue una storia diversa, che in alcuni casi si associa (nel testo) a quella della separazione dei poteri, in altri no.

⁶ Sul quale v. *infra* par. 4.

⁷ V. *infra* par. 3. il dibattito sulle leggi di natura costituzionale che si è sviluppato nell’ordinamento britannico.

⁸ Il *Canadian Bill of Rights* del 1960.

⁹ C. Saunders, *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*, Oxford Portland, 2011, p. 259 ss. D’altro canto, non solo la costituzione contempla previsioni puntuali inerenti alla tutela dei diritti individuali (v. sect. 80, 116 e 117), ma la disciplina costituzionale di talune materie ha implicato la tutela dei diritti ad esse collegati (ad esempio, il diritto di voto e i diritti processuali)

A conferma di ciò si può ricordare, sebbene in un'ottica parzialmente diversa, il dibattito interno alla Convenzione statunitense sull'opportunità (o meno) di inserire un catalogo dei diritti nel testo della carta. Lo stesso *Federalist* evidenzia sia che un catalogo dei diritti è poco utile in uno Stato che coniuga a tutti i livelli di governo il principio della rappresentanza popolare e quello della separazione dei poteri, sia che la costituzione contiene già una serie di previsioni che si occupano della tutela individuale dei diritti, si pensi alla sospensione dell'*habeas corpus* in caso di ribellione o agli effetti limitati delle sentenze pronunciate dal Senato in caso di *impeachments*¹⁰. Anche la ricostruzione che McIlwain fa della rivoluzione americana come di una rivoluzione costituzionale è coerente con questa conclusione nel momento in cui individua nella carta uno strumento volto a garantire l'autonomia legislativa delle colonie nei confronti della madrepatria: il tema della rappresentanza era dominante su quello della tutela dei diritti e ricorreva l'idea che, in presenza di un organo legislativo rappresentativo delle istanze delle colonie – a differenza del Parlamento di Westminster – i diritti individuali sarebbero stati tutelati¹¹.

La codificazione della costituzione è connessa con il passato coloniale dei Paesi esaminati, sia in termini di recisione di un legame, come nel caso degli Stati Uniti nel 1787 – e prima ancora delle costituzioni delle tredici colonie originarie – e del Canada nel 1982, sia in termini di fondazione dell'ordine organizzativo dei *dominions*, come è accaduto in Canada nel 1867 e in Australia nel 1900. Peraltro, il fatto che le costituzioni approvate nella seconda metà del XIX secolo dal Parlamento di Westminster vigano ancora oggi in Canada e in Australia costituisce sia uno straordinario elemento di continuità con la composita natura delle costituzioni non codificate¹², sia un riflesso del saldo rapporto con la tradizione che connota queste esperienze, sia un segno di quanto diversi siano stati i percorsi verso l'indipendenza compiuti dagli Stati Uniti, da un lato, e dal Canada e dall'Australia, dall'altro: il primo fondato su una rivoluzione, il secondo avvenuto all'insegna del pacifico, graduale e pragmatico affrancamento da un Paese con il quale si conservano plurimi legami¹³.

¹⁰ V. gli argomenti di Alexander Hamilton nel saggio n. 84 del *Federalist* (A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il federalista*, Bologna, 1998)

¹¹ C.H. McIlwain, *La rivoluzione americana. Una interpretazione costituzionale*, Bologna, 1965.

¹² V. *infra* par. 4.

¹³ Indicativo in tal senso che il Capo dello Stato di Canada e Australia sia ancora il Sovrano regnante nel Regno Unito, scelta che peraltro ha ripercussioni sul ruolo delle convenzioni costituzionali nella dinamica della forma di governo, v. *infra* par. successivo.

La codificazione porta con sé la superiorità gerarchica della costituzione nel sistema delle fonti, espressamente sancita dalle carte esaminate¹⁴, la previsione di una procedura speciale per la loro modifica¹⁵ e il controllo dell'autorità giudiziaria sull'operato del Legislatore¹⁶. Della *judicial review of legislation* devono essere evidenziati due aspetti. Da un lato, la mancata previsione costituzionale e la sua affermazione giurisprudenziale, che la rendono uno sviluppo ascrivibile alla "natura delle cose" in ordinamenti in cui il giudice è chiamato a controllare la legittimità dell'azione dei pubblici poteri, fondata sulla considerazione che la costituzione è un atto normativo superiore rispetto alle leggi ordinarie e che in caso di contrasto tra legge e costituzione il giudice – ogni giudice – è tenuto a disapplicare la legge a vantaggio della costituzione. Dall'altro, la distanza con l'esperienza europeo-continentale quanto all'impianto teorico e concettuale che fonda la posizione della costituzione rispetto alle altre fonti del diritto, che non è supportata da nulla che sia comparabile alla teoria dell'ordinamento giuridico di Kelsen e alla necessaria istituzione di un giudice speciale per il Legislatore. In altri termini, si tratta di un'articolazione della *judicial review*, che l'autorità giudiziaria

¹⁴ V. artt. VI della costituzione statunitense («This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding»), 5 del *Commonwealth of Australia Constitution Act* («This Act, and all laws made by the Parliament of the Commonwealth under the Constitution, shall be binding on the courts, judges, and people of every State and of every part of the Commonwealth, notwithstanding anything in the laws of any State») e 52 del *Constitution Act* canadese («(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect»). Si tratta di disposizioni che, ad eccezione di quella canadese, sono intrinse del principio federale e pertanto affermano la *supremacy* delle fonti federali su quelle delle entità federate.

¹⁵ Notoriamente poste a garanzia della rigidità costituzionale, per assicurare la tenuta delle carte al trascorrere del tempo e alle esigenze di adattamento imposte dai cambiamenti sociali, economici e politici, v. A. Pace *Presentazione* di Bryce, *Costituzioni rigide e flessibili*, Milano, 1998. V. artt. V della costituzione statunitense e 128 della australiana, insieme con la parte V della costituzione canadese. Negli Stati Uniti sono previste due procedure alternative sia a livello federale sia a livello statale, in Australia è contemplata un'unica procedura che prevede il coinvolgimento del corpo elettorale, mentre in Canada – dove la disciplina della revisione costituzionale è stata introdotta nel 1982 – sono previste cinque differenti procedimenti da applicarsi in base alla parte del testo che si intende modificare. Le tre procedure sono innervate dal principio federale, nella misura in cui subordinano la modifica della costituzione alla volontà delle entità federate, mentre solo quella australiana contempla il referendum popolare.

¹⁶ Espressamente "riconosciuto" dalla sola costituzione canadese al già citato art. 52 (1).

pone in essere in relazione all'operato di tutti i pubblici poteri, non dogmaticamente finalizzata a garantire la superiorità gerarchica della fonte costituzionale rispetto alle altre fonti del diritto, bensì pragmaticamente indirizzata a tutelare l'effettività delle norme costituzionali¹⁷. Sul piano della prassi, infine, deve essere notato che in una prospettiva squisitamente imperiale la legislazione dei *dominion* era già soggetta a un controllo avente a parametro il diritto britannico e che, con la sola eccezione del Regno Unito, in questa famiglia giuridica un controllo sull'operato del Legislatore è sempre stato esercitato.

3. Le costituzioni non codificate

Il versante delle costituzioni non codificate pone un problema di identificazione della costituzione. In questa direzione mi sembra utile fare riferimento alla recente definizione della costituzione britannica che ha formulato la Corte Suprema del Regno Unito: «Anche se il Regno Unito non ha un unico documento denominato “Costituzione”, possiede comunque una Costituzione, stabilita nel corso della storia dal *common law*, dalle leggi, dalle convenzioni e dalla prassi. Non essendo stata codificata, essa si è sviluppata in modo pragmatico e resta sufficientemente flessibile da essere capace di futuri sviluppi. Inoltre [essa] include numerosi principi del diritto, che sono applicabili dai tribunali allo stesso modo di altri principi giuridici. Nel dare loro applicazione, i tribunali hanno la responsabilità di [sostenere, difendere] i valori e i principi della nostra costituzione e di renderli effettivi. È loro particolare responsabilità determinare i limiti giuridici dei poteri conferiti a ciascun ramo del Governo e decidere se un qualsiasi esercizio di potere ha oltrepassato tali limiti»¹⁸.

Si tratta di un passaggio in cui emergono il carattere composito della costituzione e il ruolo esercitato dal giudice per garantirne il rispetto con riferimento all'esercizio dei pubblici poteri. La costituzione è parzialmente scritta, ma non codificata in un unico documento, in essa convergono norme giuridiche – di natura giurisprudenziale e legislativa –, regole politiche (le convenzioni costituzionali) e principi giuridici¹⁹. Elementi che si sono andati integrando nel corso dei secoli, a conferma del fatto che la costituzione è il frutto della tradizione, non a caso solo alcuni dei suoi elementi costitutivi (segnatamente gli atti legislativi e i precedenti giudiziari) possono essere precisamente datati, e

¹⁷ Così G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2021, 80-85.

¹⁸ R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017].

¹⁹

di un processo di formazione che è costantemente in atto. Una breve analisi di questi elementi contribuisce a chiarire lo spettro della costituzione nella famiglia giuridica di *common law*²⁰.

Il *common law* è sia il tessuto normativo di ciascuna delle esperienze esaminate, sia il collante fra esse. Il nesso tra *common law* e costituzione è stato da tempo messo in luce in dottrina, possiamo per tutti ricordare le parole di Van Caenegem, secondo il quale l'Inghilterra è diventata un'isola nel mare del diritto romano, perché il *common law* è una parte essenziale della sua costituzione politica, un elemento della sua coscienza nazionale e il fondamento del suo ordine sociale²¹. Il rilievo del *common law* è tale che la legislazione – fonte gerarchicamente superiore – lo presuppone quale architrave normativa dell'ordinamento²², mentre nell'ambito della dottrina britannica, all'interno del *legal constitutionalism*, si è sviluppata una corrente di pensiero – identificata con il nome di *common law constitutionalism* – secondo la quale la costituzione sarebbe rintracciabile nel *common law* dal quale sono ricavabili norme che organizzano e limitano l'esercizio dei pubblici poteri – si pensi per tutti ai principi della separazione dei poteri e del *rule of law* – e riconoscono e tutelano i diritti individuali (*common law rights*)²³. Il *common law*, infine, rileva anche perché introduce nella dimensione costituzionale una fonte di natura sapienziale-razionale, qual è quella giurisprudenziale, che si integra con quella legislativa di matrice politica.

La componente legislativa della costituzione rinvia al principio della supremazia del Parlamento quale caposaldo dell'ordinamento costituzionale²⁴, all'esistenza di leggi materialmente costituzionali²⁵ e al riconoscimento da parte

²⁰ E' questa l'occasione per ricordare che nel Regno Unito il dibattito sulla codificazione della costituzione è ciclico ed è stato riattivato da Brexit, v. V. Bogdanor, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, London, 2019, pp. 257-278 e A. Torre, "Serial Miller". *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE on line*, 2020, pp. 3095-3099.

²¹ R.C. Van Caenegem, *The Birth of English Common Law*, Cambridge, 1988.

²² Sul rapporto tra *common law* e legislazione v. G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2000.

²³ T.R.S. Allan, *Law, Liberty, and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, 1994 e *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, 2001.

²⁴ Pure soggetto a tensioni di ordine teorico, giuridico e politico, in proposito v. A. Bradley, *The Sovereignty of Parliament*, in J. Jowell D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, pp. 23 ss.

²⁵ Fra le quali rientrano quelle in materia di tutela dei diritti e di organizzazione dei poteri. Nel Regno Unito la *Magna Carta* del 1215, il *Petition of Rights* del 1628, il *Bill of Rights* del 1689

della giurisprudenza britannica (di questa categoria ad oggi non si discute in Nuova Zelanda) di leggi di natura costituzionale (c.d. *constitutional statutes*). Secondo Lord Justice Laws uno *statute* è costituzionale quando è idoneo a condizionare il rapporto tra Stato e cittadini in modo significativo o ad ampliare o ridurre l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali²⁶. Dal punto di vista formale, i *constitutional statutes* sono approvati seguendo il procedimento legislativo ordinario, essi tuttavia sfuggirebbero alla regola dell'abrogazione implicita – corollario del principio della supremazia del Parlamento – rendendo necessaria per la loro modifica o abrogazione un'esplicita manifestazione di volontà del Legislatore successivo. Tale evoluzione mostra l'esigenza di differenziare il regime delle leggi dal contenuto costituzionale dal resto del *corpus* legislativo, al contempo, visto che una parte della dottrina ha identificato diversi criteri di riconoscimento delle leggi di natura costituzionale, che non è univoco quali leggi sarebbero ascrivibili a tale categoria, e che essa non è stata ulteriormente approfondita in sede giurisprudenziale, potrebbe sembrare che la conclusione raggiunta sia funzionale a escludere l'abrogazione implicita per le leggi dal contenuto costituzionale²⁷.

L'ultimo tassello delle costituzioni non codificate è costituito dalle convenzioni costituzionali: regole di natura politica che integrano il sistema normativo vigente nella disciplina della condotta dei titolari degli organi di vertice dello Stato-apparato e i loro reciproci rapporti. Le convenzioni costituiscono operano prevalentemente nell'area della forma di governo, disciplinando il rapporto tra Parlamento, Governo e Monarca, in particolare l'esercizio da parte del Governo di poteri formalmente attribuiti al Sovrano, e così facendo costituiscono l'intelaiatura della costituzione politica (*political constitution*)²⁸. Tradizionalmente, sulla scorta del pensiero di Dicey, la maggior parte della dottrina ritiene che i giudici possano riconoscere l'esistenza delle regole convenzionali (non giuridiche) e utilizzarle come ausilio interpretativo senza

e lo *Human Rights Act* del 1998, l'*Act of Settlement 1707* e il *Constitutional Reform Act 2005*, i *Parliament Act* del 1911 e del 1949, gli *Act of Union* del 1707 e del 1800, gli atti devolutivi del 1997; in Nuova Zelanda già citati *Constitution Act 1986* e *New Zealand Bill of Rights 1990*.

²⁶ *Thoburn v Sunderland City Council* [2002], ove è qualificato costituzionale lo *European Communities Act 1972*.

²⁷ Così G. Romeo, op. cit., 94-97.

²⁸ Utilizza per primo questa espressione J.A.G. Griffith, *The Political Constitution, The Modern Law Review*, 1979, pp. 11 ss.

poterne sanzionare la violazione²⁹. Questo punto di vista, che in un ordinamento come quello britannico sottrae al controllo giurisdizionale un'ampia fetta dei poteri esercitati dai soggetti sovrani, è stato messo in discussione da chi ritiene che riconoscere una convenzione significhi necessariamente accogliere e fare proprio il principio che la fonda e, di conseguenza, applicarla³⁰. Nell'ottica della giustiziabilità delle convenzioni si muove anche chi ritiene che se la violazione delle convenzioni costituzionali non può essere invocata di fronte all'autorità giudiziaria è perché si riconosce al valore descrittivo di tali regole un peso superiore rispetto a quello normativo. Rovesciando questo punto di vista, non vi sarebbe motivo per escludere il sindacato giurisdizionale delle condotte poste in essere in ottemperanza alle regole convenzionali sulla base dei principi costituzionali ad esse sottesi che ne costituiscono la *ratio*³¹.

Le convenzioni costituzionali contribuiscono a regolare l'organizzazione dei poteri nei Paesi ascrivibili al modello dell'*ancient constitution* di tipo consuetudinario, Regno Unito e Nuova Zelanda, ma anche in Canada e in Australia, dove le scarse previsioni costituzionali sull'organizzazione del governo

²⁹ A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. italiana dell'ottava edizione del 1915 a cura di A. Torre, Bologna, 2003, 20-26.

³⁰ T.R.S. Allan, *Law, Liberty, and Justice*, cit., 237 ss. L'Autore ritiene che l'esclusione delle convenzioni dalla sfera giuridica è riconducibile a una datata e ortodossa teoria costituzionale che, portata alle sue estreme conseguenze, negherebbe la possibilità di un genuino studio del diritto costituzionale e che, nei fatti, è stata implacabilmente messa in discussione dall'affermazione della *judicial review*.

³¹ Cfr. M. Elliott, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, in *Legal Studies*, 2002, 340 ss. Questo, peraltro, è quanto sembra essere accaduto nella sentenza *Cherry Miller 2 [R (on the application of Miller (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) e Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland) UKSC 41 (2019)]*, ove la Corte Suprema del Regno Unito, chiamata a tracciare i confini di un potere di prerogativa regia (la *prorogation prerogative*), ha individuato in relazione ad esso due consistenti limiti nei principi costituzionali della sovranità del Parlamento e del Governo responsabile. Chiamando in causa tali principi la Corte ha affermato che il potere in esame – sebbene largo – non possa considerarsi illimitato, perché se lo fosse impedirebbe l'esercizio delle funzioni costituzionali del Parlamento, minando i fondamenti della democrazia rappresentativa e del *responsible Government*. Secondo Elliott nella pronuncia in esame la Corte Suprema avrebbe “elevato” al rango di principio costituzionale la *ratio* della convenzione del Governo responsabile. V. *The Supreme Court's judgment in Cherry/Miller (No 2): A new approach to constitutional adjudication?* in publiclawforeveryone.com/ (24 settembre 2019).

risalgono all'epoca imperiale³² e delineano una situazione in cui difetta il rapporto fiduciario tra potere esecutivo e legislativo ed è invece centrale la figura del Governatore generale, rappresentante della Corona sul territorio. Con la conseguenza che oggi il parlamentarismo di tali ordinamenti è il frutto dell'intreccio tra previsioni costituzionali e regole convenzionali, che nel tempo ha delineato la derivazione parlamentare del Governo, il rapporto tra i Ministri e il Governatore generale, i criteri per la scelta del Governatore Generale e per l'esercizio dei poteri che a questi sono attribuiti³³.

Considerata la struttura delle costituzioni non codificate, il loro cambiamento costituzionale (*constitutional change*) rinvia all'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, alle scelte compiute dal Legislatore ordinario a quelle degli attori politici come soggetti in grado di autoregolarsi modificando il contenuto delle regole convenzionali³⁴. La distanza con le costituzioni codificate è larga in relazione alle revisioni formali del testo, e alle procedure aggravate che queste ultime richiedono per essere approvate, ma si assottiglia se spostiamo l'attenzione sul versante delle trasformazioni della costituzione o del mutamento costituzionale, che agiscono a prescindere dalla modifica della lettera costituzionale per mano della interpretazione della costituzione ad opera delle Corti Supreme e degli attori politici³⁵.

³² Si tratta del *British North America Act 1867* per il Canada e del *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* per l'Australia.

³³ Sul ruolo delle convenzioni costituzionali nell'ordinamento canadese v. A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions. The Marriage of Law and Politics*, Toronto, 1991 e, più di recente e sullo specifico tema del rapporto tra convenzioni costituzionali e *rule of law*, *Constitutional Conventions and Written Constitutions: The Rule of Law Implications in Canada*, in *University of Dublin Review*, 2015, pp. 337 ss. Il fenomeno convenzionale è presente anche negli Stati Uniti, dove però non riveste il ruolo che ricopre nel Regno Unito e negli altri Paesi dell'area *Commonwealth* ed è saltuariamente indagato dalla dottrina, che ad esso si riferisce con i termini di *custom and practice*, v. A. Vermeule, *Conventions in Court*, in *University of Dublin Review*, 2015, pp. 283 ss.

³⁴ A partire dagli anni novanta del secolo scorso, nel Regno Unito, il cambiamento della costituzione si è intrecciato con il ricorso al referendum popolare, che è stato massicciamente utilizzato in relazione all'adozione di riforme attinenti alla separazione verticale e orizzontale del potere, tanto da far ipotizzare la nascita di una convenzione costituzionale a riguardo. Resta da verificare cosa sarà di questo istituto dopo il referendum Brexit del giugno 2016. V. C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, pp. 761 ss.

³⁵ Negli Stati Uniti la difficoltà di approvare emendamenti formali della costituzione ha indirizzato gli attori politici sulla strada delle trasformazioni costituzionali, così B. Ackerman, *Transformative Appointments*, in *Harvard Law Review*, 1988, 1164 ss. e *We The People Transformations*, Cambridge (MA), 1998. Il tema dei cambiamenti costituzionali è affrontato in

4. Il riconoscimento e la tutela dei diritti individuali

Il tema del riconoscimento e della tutela dei diritti individuali deve essere trattato alla luce di tre elementi di contesto che definiscono il quadro storico-costituzionale nel quale si collocano gli ordinamenti esaminati. Da una parte, il passaggio dallo Stato liberale a quello sociale si è consumato all'insegna della continuità costituzionale. Nessuna delle esperienze esaminate ha vissuto una regressione autoritaria conseguente alla crisi dello Stato liberale e ciò ha implicato l'esclusione di tali Paesi dal processo di costituzionalizzazione che ha interessato larga parte dell'Europa continentale nella seconda metà del Novecento all'indomani della seconda guerra mondiale e dal dibattito che ne è seguito in ordine all'ampliamento dei contenuti della costituzione, con particolare riferimento all'arricchimento del catalogo dei diritti individuali e agli strumenti giurisdizionali di garanzia delle Carte costituzionali³⁶. Dall'altro, tutti i Paesi esaminati, con l'eccezione degli Stati Uniti, sono stati coinvolti dal processo di internazionalizzazione dei diritti che si è sviluppato all'indomani della seconda guerra mondiale, con la conseguenza che la tutela delle libertà individuali a livello statale è stata condizionata dal diritto internazionale dei diritti umani. Infine, come già anticipato, tradizionalmente nella cultura giuridica di *common law* la tutela delle libertà si fonda sull'intreccio tra *common law* e legge, un connubio che, nel corso del Novecento, in assenza di una codificazione costituzionale dei diritti, è divenuto progressivamente deficitario per almeno tre ragioni. In primo luogo, poiché la nascita e l'espansione del *welfare state* hanno ampliato l'intervento dello Stato nella vita dei cittadini, moltiplicando le occasioni di frizione e le conseguenti esigenze di tutela giurisdizionale dei singoli nei confronti dell'azione dei pubblici poteri. In secondo luogo, perché la tutela, necessariamente casistica, offerta dal *common law*, si è trovata a "giocare" un

prospettiva comparata nel volume curato da D. Oliver e C. Fusaro, *How Constitutions change. A comparative study*, Oxford-Portland, 2011.

³⁶ S. R. Larsen individua nell'Unione europea tre diversi costituzionalismi: evolutivo, postfascista e postcomunista (*Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *The Modern Law Review*, 2021, pp. 477 ss.). Il costituzionalismo evolutivo - che abbraccia Regno Unito, Svezia e Danimarca - è fondato su una concezione politica della costituzione, che nella forma può essere non codificata o codificata in testi brevi e risalenti nel tempo, in entrambi i casi c'è un ampio spazio per lo sviluppo di prassi e *customs*, in grado di limitare il potere politico. L'autorità giudiziaria è deferente nei confronti del Parlamento e l'introduzione del controllo di legittimità delle leggi è guardata con scetticismo.

confronto impari con le numerose scelte legislative compiute dal Parlamento e valide *erga omnes*. Infine, perché la garanzia legislativa dei diritti è mutevole nella misura in cui riflette i cambiamenti di orientamento delle maggioranze politiche che si succedono al governo.

I limiti appena illustrati, unitamente alla pressione del processo di internazionalizzazione dei diritti, hanno aperto il dibattito sull'opportunità di codificare il *Bill of Rights* al fine di rafforzare la tutela delle libertà individuali, una scelta che tuttavia entra in conflitto con il principio della supremazia del Parlamento, che di questi ordinamenti costituisce il (o uno dei) caposaldo(i) costituzionale(i), perché apre la strada al sindacato del giudice sull'operato del Legislatore. Anche in materia di garanzia delle libertà individuali emerge la divaricazione con la quale abbiamo aperto questo intervento, che vede contrapporsi il *informal Bill of Rights* frutto della sinergia tra giudice e Legislatore e il *Bill of Rights* inserito al livello costituzionale del sistema delle fonti. Sulla base di queste premesse possiamo inquadrare le tre opzioni presenti nei Paesi esaminati. La prima, fedele alla tradizione, attualmente vige solo in Australia, mentre la seconda è stata adottata da Stati Uniti e Canada, che pure presentano cataloghi molto diversi per datazione e struttura. Infine, vi sono i *Bill of Rights* di rango legislativo approvati nel Regno Unito e in Nuova Zelanda, che rappresentano una terza via rispetto alle prime due soluzioni³⁷ e la cui adozione è stata influenzata, rispettivamente, dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e dal Patto internazionale dei diritti civili e politici³⁸.

Prima di esaminare l'architettura e le implicazioni dei *Legislative Bill of Rights*, è bene rilevare che, ancora una volta, fatta eccezione per gli Stati Uniti che hanno sostituito la supremazia del parlamento con la supremazia della costituzione, gli altri Paesi esaminati, nel momento in cui hanno avviato la codificazione della costituzione o dei diritti individuali, sono dovuti scendere a un compromesso con il principio della supremazia del Parlamento. In Canada l'inserimento al livello costituzionale delle fonti della Carta dei diritti e delle libertà è stato associato all'*override power* di Federazione e Province, cioè alla possibilità per il Legislatore (federale e provinciale) di approvare leggi dall'efficacia temporale limitata in contrasto con le norme costituzionali sui

³⁷ Così la definisce S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, 2013.

³⁸ Ai sensi della sect. 1 dello *Human Rights Act 1998* i diritti incorporati al diritto britannico sono quelli di cui agli artt. 2-12 e 14 della CEDU, 1-3 del primo protocollo e 1 del tredicesimo protocollo. Nel preambolo del *New Zealand Bill of Right* si legge «An Act To affirm, protect and promote human rights and fundamental freedoms in New Zealand; and To affirm New Zealand's commitment to the International Covenant on Civil and Political Rights».

diritti³⁹. Mentre in Australia, dove pure è forte l'influenza del costituzionalismo statunitense, è stata scientemente approvata una costituzione priva di un *Bill of Rights*.

Regno Unito e Nuova Zelanda, che pure non hanno una costituzione codificata, hanno invece replicato la scelta che aveva fatto il Canada nel 1960 approvando con legge ordinaria il *New Zealand Bill of Rights Act 1990*⁴⁰ e lo *Human Rights Act 1998*. Il compromesso raggiunto con il principio della supremazia del Parlamento consta nella espressa previsione di un obbligo di interpretazione delle leggi conformi ai diritti riconosciuti⁴¹ e nella esclusione della possibilità per il giudice di dichiarare invalida o di disapplicare la legge del Parlamento, unitamente alla previsione di due strumenti di controllo sull'operato del Legislatore. Il primo, preventivo e astratto, è di natura politica e si inserisce nell'ambito del procedimento legislativo, quando Governo e Parlamento devono farsi carico di esaminare la compatibilità del disegno di legge con il *Bill of Rights (political rights review)*⁴². Il secondo, successivo e concreto, è di natura giurisdizionale e opera nel momento in cui la legge è applicata al caso della vita; in questa sede i giudici sono chiamati a controllarne la compatibilità con il catalogo dei diritti e – eventualmente – a segnalare a Parlamento e Governo l'esistenza di un'antinomia attraverso una declaratoria di incompatibilità che, pur non producendo alcun effetto sull'efficacia e sulla validità della legge, ha la funzione di attivare il circuito politico per il superamento della illegittimità acclarata dall'autorità giudiziaria (*weak judicial review of legislation*)⁴³.

³⁹ Così l'art. 33 della Carta dei diritti e delle libertà «(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)».

⁴⁰ In tema di diritti si rammenta anche lo *Human Rights Act 1994* che mantiene e regola l'attività della *Human Rights Commission* e interviene in materia antidiscriminatoria.

⁴¹ V. sect. 3 dello *Human Rights Act 1998* e 6 del *New Zealand Bill of Rights Act 1990*.

⁴² V. sect. 19 dello *Human Rights Act 1998* e 7 del *New Zealand Bill of Rights Act 1990*.

⁴³ mentre in Nuova Zelanda la possibilità per i giudici di pronunciare una declaratoria di incompatibilità è stata affermata in via giurisprudenziale, in merito v. *Attorney General v. Taylor* [2015]. Attualmente è all'esame del Parlamento una proposta di legge che intende introdurre tale possibilità per legge [*Bill of Rights (Declaration of Inconsistency) Amendment Bill 2020 230-1*].

Come hanno funzionato i controlli sul Legislatore introdotti nell'ambito di questa terza via? Premessa la necessaria prudenza nella formulazione di valutazioni di sintesi riguardanti ordinamenti differenti, ove le soluzioni in esame hanno diversamente operato, sembra che la *political rights review* abbia dato una buona prova di sé nel Regno Unito, mentre in Nuova Zelanda non pare maturata la consapevolezza del rilievo di uno scrutinio politico volto a valorizzare il circuito democratico nella tutela dei diritti⁴⁴. La *weak judicial review of legislation*, per contro, ha avuto esiti controversi: da un parte, l'introduzione di un catalogo legislativo dei diritti ha irrobustito lo *human rights discourse* delle corti, dall'altra, le dichiarazioni di incompatibilità sono poche, ma hanno tendenzialmente avuto un seguito in sede politica. L'esiguo numero delle incompatibilità riscontrate potrebbe far presumere che l'impatto dei *Bill of Rights* sia stato trascurabile, tuttavia le ragioni di questa esiguità possono essere molteplici: il Legislatore può essersi adeguato ai vincoli derivanti dal riconoscimento dei diritti individuali, oppure i giudici possono essere rimasti deferenti *as usual* nei confronti del Legislatore. In aggiunta va precisato che le analisi sull'influenza dei cataloghi legislativi dei diritti nei singoli settori dell'ordinamento mostrano come il cuore del cambiamento stia non tanto nella possibile declaratoria di incompatibilità, che costituisce un'eccezione, quanto nell'obbligo di interpretazione conforme della legge ai diritti riconosciuti, con la conseguenza che solo il confronto tra la giurisprudenza precedente e successiva all'entrata in vigore dei *Bill of Rights* consente di valutarne gli effetti⁴⁵. Questa considerazione rinvia, ancora una volta, alla relazione esistente tra *common law* e legge, e alla necessità di guardare a quel rapporto per comprendere gli effetti dei cataloghi legislativi dei diritti.

5. Conclusioni

Nella famiglia giuridica di *common law* la costituzione non ha una forma tipica, potendo essere codificata, parzialmente codificata⁴⁶ o non codificata. Quando codificata differisce dalle carte del costituzionalismo continentale per i

⁴⁴ Cfr. S. Gardbaum, *op. cit.*, pp. 222 ss., precisiamo che l'Autore esamina, oltre al Regno Unito e alla Nuova Zelanda, anche il Canada e l'Australia (quest'ultima a livello statale).

⁴⁵ In questo senso v. almeno le conclusioni del volume D. Hoffman (ed), *The Impact of the UK Humans Rights Act in Private Law*, Cambridge, 2011, peraltro in relazione al Regno Unito l'impatto è da valutare anche in relazione alla tutela convenzionale garantita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁴⁶ Così con riferimento all'esperienza australiana che lascia al testo la sola disciplina della separazione orizzontale e verticale del potere, così C. Saunders, *op. cit.*, p. 40.

diversi itinerari attraverso i quali giunge alla scrittura delle regole relative all'organizzazione dei poteri e del catalogo dei diritti, contenuti che non sempre convergono contemporaneamente nel medesimo testo. Le costituzioni codificate si pongono al vertice della gerarchia delle fonti e il controllo giurisdizionale sull'operato del legislatore è la conseguenza del combinato disposto fra la supremazia della costituzione rispetto alla legge ordinaria e il controllo giudiziario sull'azione dei pubblici poteri, ivi compreso il Parlamento. Coerentemente con questa impostazione, la *judicial review of legislation* è esercitata dal giudice comune e non da un giudice speciale per il Legislatore. Nei Paesi in cui la costituzione non è codificata i fondamenti dell'organizzazione dei poteri e della tutela delle libertà individuali sono variamente disciplinati dalla legge ordinaria, dal *common law* e dalle convenzioni costituzionali. In tutti e tre i casi è possibile rintracciare un punto di contatto con gli ordinamenti in cui vige una costituzione codificata. Per quanto concerne la legislazione materialmente costituzionale la connessione è data dalla dimensione della scrittura, dalla presenza di un diritto posto, a prescindere dalla sua collocazione nel sistema delle fonti. Il *common law*, quale ossatura del sistema normativo, resta per tutti i Paesi considerati fonte di principi e regole della materia costituzionale. Le convenzioni costituzionali, invece, rilevano nella disciplina dell'organizzazione dei poteri anche nei Paesi in cui vige una costituzione codificata, sollevando il problema della ammissibilità e (in caso positivo) della portata del controllo giurisdizionale sul rispetto di tali regole. Per quanto concerne la tutela dei diritti individuali, infine, emergono tre opzioni: la codificazione costituzionale del catalogo dei diritti, l'*informal Bill of Rights* ovvero l'approvazione di un catalogo dei diritti al livello primario delle fonti. Nei tre casi i *Bill of Rights* attualmente vigenti riconoscono i diritti civili e politici, mai i diritti sociali, ulteriore profilo di distanza rispetto all'espansione del catalogo dei diritti nel resto della tradizione giuridica occidentale. La codificazione legislativa dei diritti, infine, ha determinato la nascita di un controllo di costituzionalità "debole" (*weak*) sulla legge del Parlamento, che impone ai giudici di interpretare, per quanto possibile, la legge conformemente alle norme che riconoscono le libertà individuali e, ove ciò non sia possibile, di segnalare l'esistenza di un'incompatibilità, che non pregiudica né l'applicazione né la validità della legge in questione e chiama gli attori politici a farsi carico della compatibilità con i diritti delle proposte di legge all'esame del Parlamento. Ora, tornando alla contrapposizione con la quale abbiamo aperto questa riflessione, tra le esperienze esaminate emerge una fitta circolazione di modelli, che traccia una linea di continuità tra i poli britannico e statunitense, segnata da esperienze che mutuano da essi elementi diversi combinandoli fra loro.

In conclusione di questo intervento vorrei tornare sulla bella relazione del professor Pino⁴⁷, per collocare la nascita del costituzionalismo politico nella famiglia giuridica di *common law*, in particolare nel Regno Unito, in un contesto culturale e giuridico in cui: (a) la codificazione costituzionale non si è data, tanto da essere considerata non necessaria; (b) l'organizzazione dei poteri è in larga parte disciplinata da regole non giuridiche la cui violazione non può essere sindacata dall'autorità giudiziaria⁴⁸; (c) grande rilievo è attribuito contemporaneamente al principio della supremazia del Parlamento e al *judge made law*, soprattutto nella tutela dei diritti individuali. La dottrina del *political constitutionalism* nasce in aperta contrapposizione al *legal constitutionalism*⁴⁹, muovendo da una nozione politica di costituzione (*political constitution*), essenzialmente identificata con il processo politico e con il rapporto fra i poteri che da quel processo consegue. Una nozione radicata nella storia costituzionale britannica e nei Paesi che dal Regno Unito hanno mutuato il sistema giuridico e il governo parlamentare, che è difficile traslare in contesti in cui si sono affermati la codificazione e la disciplina costituzionale dell'organizzazione dei poteri.

Viceversa, sono due i temi che il costituzionalismo politico solleva e che rilevano anche al di fuori della famiglia giuridica di *common law*: il primo è quello della relazione tra potere legislativo e giudiziario, collegata alla progressiva giuridificazione della costituzione, idonea di per sé a restringere lo spazio di manovra del Parlamento e ad allargare l'area di intervento dell'autorità giudiziaria, un tema che in ultima analisi attiene all'equilibrio dei poteri. Il secondo è la valorizzazione della dimensione politica del costituzionalismo⁵⁰, a partire dal riconoscimento della intrinseca politicità delle questioni che i pubblici poteri sono chiamati a decidere negli ordinamenti democratici, delle differenti (in natura) risposte che gli attori politici e l'autorità giudiziaria possono dare a quelle questioni e della insostituibilità della prime con le seconde. Si tratta di problemi dibattuti anche negli Stati Uniti, in un contesto giuridico e culturale affine a quello britannico, che ha tuttavia maturato scelte di politica costituzionale antitetiche,

⁴⁷ G. Pino, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in questa *Rivista*.

⁴⁸ Ferme restando le evoluzioni di cui si è detto *supra* al par. 3.

⁴⁹ Che prende il nome a partire dal citato saggio di Griffith ed è stata poi arricchita delle elaborazioni di Adam Tomkins (del quale v. *In Defense of the Political Constitution*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, pp. 157 ss. e *Our Republican Constitution*, Portland, 2005) e Richard Bellamy (*Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2009).

⁵⁰ V. M. Goldoni, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 733 ss.

ma dove da tempo è stata evidenziata e problematizzata la politicità delle decisioni assunte della Corte Suprema insieme con la necessità di contenerne i poteri interpretativi⁵¹, dove gli stessi giudici si pongono il limite della *political question doctrine*, per indicare che c'è un confine oltre il quale è preferibile non andare perché è campo. In termini costruttivi il costituzionalismo politico mette in luce come del processo politico il costituzionalismo non possa fare a meno e si chiede come esso possa essere rafforzato.

ABSTRACT: This essay examines the features of constitutionalism in common law jurisdictions. Specifically, the notion of: the constitution, the recognition and protection of human rights, and the judicial review of legislation. The starting point is the differences between the British and US constitutional experiences: the former based on an uncodified constitution and the parliamentary sovereignty, excluding judicial review of legislation; the latter based on a written constitution and its supremacy, which is the basis of the judicial review of legislation. The experiences of Canada, Australia and New Zealand are referenced by way of illustration, demonstrating their proximity from these poles. These examples demonstrate a surprising continuity between the two poles and that no typical form of the constitution exist in the common law legal system. The conclusion contextualises the doctrine of political constitutionalism within common law jurisdictions.

KEYWORDS: constitutionalism – common law – constitution – fundamental rights – judicial review

Francesca Rosa – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Foggia (francesca.rosa@unifg.it)

⁵¹ In merito v. G. Romeo, op. cit., 60-67.